

VU Research Portal

Samenloop van strafbare feiten binnen de Europese Unie. Naar een transnationale samenloopregeling als sluitstuk bij de (gelijktijdige) vervolging van meerdere strafbare feiten in verschillende EU-lidstaten?

de Graaf, F.C.W.

published in

Delikt en Delinkwent

2013

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

de Graaf, F. C. W. (2013). Samenloop van strafbare feiten binnen de Europese Unie. Naar een transnationale samenloopregeling als sluitstuk bij de (gelijktijdige) vervolging van meerdere strafbare feiten in verschillende EU-lidstaten? *Delikt en Delinkwent*, 2013, [63].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Samenloop van strafbare feiten binnen de Europese Unie. Naar een transnationale samenloopregeling als sluitstuk bij de (gelijktijdige) vervolging van meerdere strafbare feiten in verschillende EU-lidstaten?²

63

1 Inleiding

In de Europese ruimte van vrijheid, veiligheid en recht komt het regelmatig voor dat aan gepleegde strafbare feiten een transnationale dimensie kleeft. Niet alleen vinden strafbare feiten plaats in meerdere lidstaten van de EU (denk aan grensoverschrijdende delicten zoals (drugs)smokkel), maar het gebeurt ook niet zelden dat een EU-onderdaan verschillende – al dan niet met elkaar samenhangende – strafbare feiten pleegt in meerdere lidstaten. In deze laatste situatie bestaat de transnationale dimensie niet zozeer vanwege het criminele gedrag dat zich uitstrekt over meerdere staten, als wel vanwege de persoon van de verdachte: deze kan vrij rondreizen door de EU, en dus ook in verschillende lidstaten strafbare feiten plegen. Voor deze feiten kan hij ook in verschillende staten worden vervolgd, berecht en bestraft, zeker nu lidstaten meerdere vormen van rechtsmacht over strafbare feiten hebben.³ Hoewel binnen de EU steeds meer wordt samengewerkt op strafrechtelijk terrein, bestaat er waar het gaat om meerdere vervolgingen van dezelfde persoon in verschillende lidstaten (hierna kortweg: meervoudige vervolgingen), nauwelijks regelgeving aan de hand waarvan bepaald kan worden welke staat het meest geschikt is om het totaal aan gepleegde feiten te vervolgen. Het gaat dan om de zogeheten strafrechtelijke forumkeuze.⁴ Weliswaar is in de afgelopen jaren getracht de coördinatie tussen lidstaten in geval van meervoudige vervolgingen te optimaliseren teneinde deze in één lidstaat te concentreren, maar er zijn nauwelijks concrete maatregelen genomen die meervoudige vervolgingen daadwerkelijk belemmeren. Het meest vergaand in dit verband is het Kaderbesluit over het voorkomen en beslechten van geschillen over de uitoefening van rechtsmacht bij strafprocedures (hierna: het Kaderbesluit jurisdictiegeschillen).⁵ Het Kaderbesluit ziet echter alleen op situaties waarin meerdere vervolgingen plaatsvinden ter zake van hetzelfde feit, en bevat niet veel meer dan een plicht tot overleg tussen lidstaten in geval van zogeheten parallelle procedu-

1. Promovenda afdeling Strafrecht & Criminologie, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit Amsterdam.

2. Citeerwijze: F.C.W. de Graaf, 'Samenloop van strafbare feiten binnen de Europese Unie', *DD* 2013, 63.

3. Denk aan rechtsmacht op basis van territorialiteit en nationaliteit. Zie voor Nederland artikel 2-8 Sr.

4. Zie hierover uitgebreid en kritisch M.J.J.P. Luchtman, 'De normering van de strafrechtelijke forumkeuze in de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid', *DD* 2009, 68 en M.J.J.P. Luchtman, 'Strafrechtelijke forumkeuze en de kenbaarheid van rechtsmacht – Over de positie van de Unieburger in de Europese rechtsruimte', in: F. de Jong & R.S.B. Kool (red.), *Relaties van gezag en verantwoordelijkheid: strafrechtelijke ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 45-75. Klip stelt voor om het probleem in een nog eerder stadium aan te pakken, namelijk door de verschillende vormen van rechtsmacht die de EU-lidstaten nu hebben, terug te brengen tot één vorm: territoriale rechtsmacht. Op die manier zouden zich veel minder vaak jurisdictieconflicten voordoen. A. Klip, *European Criminal Law*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 473-475.

5. Kaderbesluit 2009/948/JBZ van 30 november 2009, *PbEU* 2009, L 328/42. Het Europees Verdrag betreffende de Overdracht van Strafvervolgung (EVOS) bevat ook regels met betrekking tot overleg bij meervoudige vervolgingen, maar deze zijn niet bindend. Bovendien is het verdrag zeer beperkt geratificeerd.

res. De daadwerkelijke concentratie van strafvervolgingen in één lidstaat kan hiermee dus niet worden afgedwongen.⁶

Op korte termijn lijken bindende regels met betrekking tot strafrechtelijke forumkeuze niet te worden gerealiseerd. De consequentie hiervan is dat de verdachte van meerdere strafbare feiten, gepleegd in verschillende lidstaten, meerdere vervolgingen en meerdere bestrafingen tegemoet kan zien wegens deze feiten. Waar het gaat om meervoudige vervolgingen wegens *hetzelfde feit*, belemmert het *ne bis in idem*-beginsel een dubbele bestrafing. Dit beginsel, dat in artikel 54 Schengenuitvoeringsovereenkomst (SUO) een transnationaal toepassingsbereik heeft gekregen, belemmert een tweede vervolging voor hetzelfde feit, indien hierover eerder in een andere staat een onherroepelijk oordeel is geveld. Het *ne bis in idem*-beginsel fungeert bij meervoudige vervolgingen voor hetzelfde feit dus als 'sluitstuk': waar met regels omtrent forumkeuze al *voorafgaand of tijdens* de meervoudige vervolgingen wordt getracht deze terug te brengen tot één vervolging, zorgt het *ne bis in idem*-beginsel er voor dat de vervolgingen in ieder geval niet allebei uitmonden in een bestrafing. Een dergelijk sluitstuk bestaat op EU-niveau op het eerste gezicht niet in geval van meervoudige vervolgingen voor meerdere – al dan niet samenhangende – feiten. Wanneer op nationaal niveau meerdere strafbare feiten tegelijkertijd worden vervolgd, kennen veel staten een regeling die de straf voor deze feiten gezamenlijk (hierna kortweg: de totaalstraf) enigszins matigt.⁷ Deze regelingen zijn evenwel veelal niet transnationaal toepasselijk, zodat de nationale rechter bij de bestrafing geen rekening hoeft te houden met veroordelingen in het buitenland, ook al hadden – in theorie – de feiten die in het buitenland zijn afgedaan, kunnen worden betrokken in de nationale procedure. Daardoor zal de verdachte hoogstwaarschijnlijk zwaarder worden bestraft wanneer hij voor verschillende strafbare feiten in verschillende lidstaten wordt vervolgd, dan wanneer al deze feiten in één procedure aan de orde waren gekomen.

Om in ieder geval te voorkomen dat iemand in geval van meervoudige vervolgingen voor meerdere feiten zwaarder wordt bestraft dan wanneer alle feiten geconcentreerd waren geweest in één procedure, zou er binnen het EU-recht een mogelijkheid kunnen worden gecreëerd om de nationale regels die lidstaten hanteren bij het matigen van de totaalstraf, van toepassing te verklaren op strafbare feiten die in verschillende lidstaten worden vervolgd, maar – in theorie – hadden kunnen worden vervolgd in één lidstaat. Zo'n regel zou dan een zelfde sluitstukfunctie hebben als het *ne bis in idem*-beginsel heeft bij meerdere vervolgingen voor hetzelfde feit: in de fase van bestrafing worden de nadelige gevolgen van de meervoudige vervolging enigszins weggenomen. In het vervolg noem ik een dergelijke regeling korthedshalve een 'transnationale samenloopregeling'. Ik doel daarmee op alle mogelijke vormen van strafmatiging die in EU-lidstaten bestaan bij de gelijktijdige vervolging van meerdere strafbare feiten.

In deze bijdrage zal ik onderzoeken of er binnen het EU-recht een aanknopingspunt te vinden is voor een transnationale samenloopregeling. Ik heb daarbij de verplichting voor de nationale rechter voor ogen om bij de berechting van strafbare feiten rekening te houden met buitenlandse veroordelingen wegens andere strafbare feiten, welke feiten in theorie gezamenlijk aan de orde hadden kunnen komen (en zo – door toepassing van de nationale samenloopregeling – tot een lagere totaalstraf hadden geleid). Logischerwijs kunnen zulke situaties zich alleen voordoen als alle betrokken lidstaten rechtsmacht over de be-

6. Een ontwerp-kaderbesluit over de overdracht van strafvervolging, dat verdergaande verplichtingen met betrekking tot forumkeuze zou bevatten, ligt sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon stil.

7. Denk aan de Nederlandse samenloopregeling, opgenomen in de artikelen 55-63 Sr. Ook België, Duitsland, Frankrijk en Engeland kennen een regeling waarmee de totaalstraf bij meerdere – tegelijkertijd berechte – feiten, wordt gematigd. J. de Hullu, *Recidive en straftoemeting*, Deventer: Kluwer 2003, p. 45-47.

treffende feiten hebben. Als lidstaat A geen rechtsmacht heeft over het feit dat in lidstaat B is gepleegd, heeft de mogelijkheid tot concentratie van de procedures in lidstaat A ook niet bestaan. Dat is in die zin onbevredigend, dat een verdachte die vervolgd wordt in een land met een beperkte rechtsmachtregeling, minder voordeel kan trekken uit een eventuele transnationale samenloopregeling, dan de verdachte die vervolgd wordt in een land met een uitgebreide rechtsmachtregeling. Die situatie is vanuit het streven naar één ruimte van vrijheid, veiligheid en recht eigenlijk onwenselijk te noemen. Het is evenwel op dit moment niet mijn doel om – binnen het bestek van deze bijdrage – voor deze problematiek een oplossing te zoeken. Het gaat mij vooraleerst om de situatie waarin de feiten gezamenlijk aan de orde hadden kunnen komen. Met het oog op die situatie wil ik op zoek gaan naar een antwoord op de vraag welke aanknopingspunten er zijn voor een transnationale samenloopregeling. Daarbij besteed ik in het bijzonder aandacht aan Kaderbesluit 2008/675/JBZ betreffende de wijze waarop bij een nieuwe strafrechtelijke procedure rekening wordt gehouden met veroordelingen in andere lidstaten van de EU en de implementatie daarvan in Nederlandse wetgeving. Dit Kaderbesluit zou een mooi uitgangspunt voor een dergelijke regeling kunnen vormen, maar een aantal bepalingen lijkt hieraan in de weg te staan.

De volgende vragen zullen al met al centraal staan: is het wenselijk om lidstaten binnen de EU te verplichten rekening te houden met buitenlandse straffen, voor zover die tegelijkertijd hadden kunnen worden opgelegd met de straffen voor het huidige feit? Zo ja, biedt Kaderbesluit 2008/675/JBZ een aanknopingspunt voor een dergelijke verplichting? En als dat niet het geval is, zou een dergelijke verplichting anderszins vorm kunnen krijgen? Om tot een antwoord op deze vragen te komen, zal ik allereerst kort beschrijven wat de *status quo* in het EU-recht is als het gaat om strafrechtelijke samenwerking tussen lidstaten bij meervoudige vervolgingen (paragraaf 2). Vervolgens zal ik dieper ingaan op de mogelijkheid van een transnationale samenloopregeling: ik zal nader preciseren in welke situatie wat mij betreft ten gunste van de verdachte rekening moet worden gehouden met een eerdere veroordeling in het buitenland en zal bekijken in hoeverre er onder EU-lidstaten draagvlak is voor een dergelijke regeling (paragraaf 3). Daarna kom ik tot een behandeling van Kaderbesluit 2008/675/JBZ en de implementatie daarvan in Nederland (paragraaf 4). Ten slotte volgt een conclusie (paragraaf 5).

2 Aandacht voor strafrechtelijke forumkeuze binnen de EU?

2.1 *Strafrechtelijke samenwerking binnen de EU en de concentratie van strafvervolgingen*

Voordat ik inga op een transnationale samenloopregeling, besteed ik kort aandacht aan bestaande mogelijkheden tot het concentreren van meerdere vervolgingen in één lidstaat: de strafrechtelijke forumkeuze. De mogelijkheden tot concentratie van meerdere vervolgingen in één lidstaat zijn nog nauwelijks genormeerd binnen de EU. Een eerste aanzet tot het beschermen van verdachten tegen de gevolgen van meervoudige vervolgingen voor hetzelfde feit is wel geleverd door het transnationale *ne bis in idem*-beginsel dat in artikel 54 SUO is opgenomen. Artikel 54 SUO biedt echter pas bescherming wanneer iemand voor de tweede maal wordt vervolgd wegens een feit waarvoor hij eerder al onherroepelijk is veroordeeld. Uit die bepaling kan geen verplichting worden afgeleid voor staten om strafvervolgingen in één land te concentreren wanneer de verdachte in verschillende landen verschillende strafbare feiten heeft gepleegd. Er bestaat niet zoiets als een ‘beginsel van interstatelijke procesorde’, waaruit een recht op concentratie van strafprocedures in één

lidstaat voortvloeit, stelde de Hoge Raad in 2006 vast.⁸ Desalniettemin is er de laatste jaren geleidelijk aan meer aandacht gekomen voor de vraag op welke manier kan worden voorkomen dat iemand wordt vervolgd voor meerdere strafbare feiten in verschillende staten, wanneer deze procedures hadden kunnen worden gebundeld in één procedure.

Allereerst is met de oprichting van het Europees Justitieel Netwerk in 1998 en Eurojust in 2002 beoogd de strafrechtelijke samenwerking tussen lidstaten te verbeteren, met name waar het ernstige, grensoverschrijdende criminaliteit betreft.⁹ Daarbij geeft Eurojust adviezen aan lidstaten in geval van positieve jurisdictieconflicten en overlappende vervolgingen. Ook heeft het orgaan in 2005 richtlijnen gepubliceerd waarin wordt aangegeven welke lidstaat – in situaties van overlappende rechtsmacht kwesties – in welke gevallen het meest aangewezen is om de vervolging in of voort te zetten. Deze lijken echter voornamelijk te zijn gericht op het voorkomen van meervoudige vervolgingen wegens hetzelfde feit en niet of nauwelijks op transnationale samenloop situaties.¹⁰ Zowel de adviezen van Eurojust als diens richtlijnen zijn bovendien niet bindend voor de lidstaten. Zij beogen met name de samenwerking tussen de verschillende vervolgende instanties binnen de EU te verbeteren. In 2005 publiceerde de Europese Commissie een groenboek over jurisdictieconflicten en het *ne bis in idem*-beginsel in strafzaken.¹¹ Hierin is een eerste schets gemaakt van de mogelijkheden om tot een mechanisme te komen waarmee de ‘most appropriate jurisdiction’ kan worden gekozen, teneinde *ne bis in idem*-situaties te voorkomen. Het gaat ook hier dus alleen om het voorkomen van meervoudige vervolgingen ter zake van hetzelfde feit. Meervoudige vervolgingen voor verschillende feiten worden vooralsnog niet of nauwelijks gereguleerd.

2.2 Het Kaderbesluit jurisdictiegeschillen

In 2008 is het Kaderbesluit over het voorkomen en beslechten van geschillen over de uitoefening van rechtsmacht bij strafprocedures (hierna: het Kaderbesluit jurisdictiegeschillen) in werking getreden.¹² Het is de eerste regeling met betrekking tot forumkeuze binnen de EU. Het Europees verdrag betreffende de overdracht van strafvervolgning (EVOS), dat in 1972 door de Raad van Europa is vastgesteld, bevat ook een aantal regels omtrent strafrechtelijke forumkeuze. Een – in dit verband – relevante bepaling van het EVOS is artikel 32, waarin de aanbeveling voor lidstaten is opgenomen om, wanneer bij de aanvang van een strafprocedure kennis bestaat over een gelijktijdige buitenlandse vervolging tegen dezelfde persoon wegens een ander feit, na te gaan of concentratie van de vervolgingen aangewezen is. Het EVOS bevat echter geen daadwerkelijke plicht tot concentratie van de vervolgingen. Bovendien is het verdrag slechts door een beperkt aantal landen geratificeerd.

Het toepassingsbereik van het nieuwe Kaderbesluit is beperkt gebleven; alleen met betrekking tot parallelle strafrechtelijke procedures ter zake van *hetzelfde feit* zijn regels gecreëerd. Dit was in het aanvankelijke voorstel niet het geval; daarin werden ook de gevallen gedekt waarin verschillende feiten waren gepleegd door één of meerdere personen.¹³ In de toelichting bij het oorspronkelijke voorstel werd vastgesteld dat het steeds vaker

8. Zie hierover HR 19 mei 2006, *NJ* 2006, 459.

9. Gemeenschappelijk optreden van de Raad 98/428/JBZ van 29 juni 1998, *PbEU* 1998, L 191/4 en Besluit betreffende oprichting van Eurojust van de Raad van de EU van 28 februari 2002, 2002/187/JBZ, *PbEU* 2002, L 63/1 en het herziene besluit, 2009/426/JBZ, *PbEU* 2009, L 138/14.

10. Eurojust, Richtlijnen voor beslissingen ‘welke jurisdictie moet tot vervolging overgaan?’. Te raadplegen via: http://www.om-mp.be/extern/getfile.php?p_name=4443776.PDF (laatst geraadpleegd op 2 oktober 2013).

11. *Green paper on conflicts of jurisdiction and the principle of ne bis in idem in criminal proceedings*, COM(2005) 696 (final).

12. Kaderbesluit 2009/948/JBZ van 30 november 2009, *PbEU* 2009, L 328/42.

13. Zie hierover uitgebreid en met nadere verwijzingen Luchtman 2009 en Luchtman 2011.

voorkomt dat meerdere lidstaten rechtsmacht hebben over gepleegde strafbare feiten.¹⁴ De consequentie hiervan is niet alleen dat het risico op *ne bis in idem*-situaties toeneemt, maar ook dat dezelfde verdachte wegens verschillende feiten in meerdere lidstaten wordt vervolgd. Beide situaties werden onwenselijk geacht. Beoogd werd daarom om in een zo vroeg mogelijk stadium te voorkomen dat er meerdere procedures liepen met betrekking tot hetzelfde feit. Bovendien diende beter te worden samengewerkt tussen lidstaten teneinde situaties waarin meerdere – door een of meerdere personen gepleegde – feiten werden vervolgd in verschillende lidstaten, te voorkomen. Deze vervolgingen zouden moeten worden geconcentreerd in één lidstaat. De regels die in het Kaderbesluit volgden, waren op dit uitgangspunt ingericht. Het uiteindelijke Kaderbesluit is echter sterk teruggebracht in toepassingsbereik. Het oorspronkelijke doel van het overleg tussen de lidstaten (het bepalen van de meest geschikte jurisdictie voor de vervolging), komt niet meer terug in het huidige Kaderbesluit, evenmin als de criteria die hiertoe een handreiking zouden moeten bieden.¹⁵ Het doel is nu enkel het bevorderen van een nauwere samenwerking tussen twee of meer lidstaten waar een strafprocedure wordt gevoerd, teneinde ‘parallelle procedures’ (gelijklopende procedures ter zake van hetzelfde feit) te voorkomen en aldus schending van het *ne bis in idem*-beginsel in een vroeger stadium te beletten. De situatie waarin verschillende feiten zijn gepleegd door één of meerdere personen, wordt niet meer door het Kaderbesluit ondervangen, omdat meerdere delegaties van lidstaten van oordeel waren dat de samenwerking op dit gebied facultatief zou moeten blijven.¹⁶ Om evenwel duidelijk te maken dat strafrechtelijke samenwerking ook in deze – niet geregelde – situaties wenselijk is, is een verklaring van de Raad toegevoegd aan de notulen van de raadszitting waarin het Kaderbesluit definitief is aangenomen.¹⁷ Strafrechtelijke samenwerking in die gevallen, waarin sprake is van hetzelfde feit, gepleegd door meerdere personen of meerdere feiten, gepleegd door één of meerdere personen, wordt dus wel aangemoedigd, maar is vooralsnog niet rechtens afdwingbaar. Uit een studie van diverse EU-lidstaten uit 2011, genaamd EuroNeeds, blijkt dat openbaar aanklagers in transnationale zaken vaak geneigd zijn zaken terug te brengen tot de nationale dimensie; transnationale elementen worden weggelaten uit de procedure.¹⁸ Gesteld kan dus worden dat ook in de praktijk samenwerking in trans-

14. Raadsdocument van 20 januari 2009, 5208/09 ADD 2 COPEN 7, interinstitutioneel dossier 2009/0802 (CNS).

15. Wel wordt in preambule 9 een aantal relevante criteria genoemd die bij de beoordeling betrokken kunnen worden. Deze zijn genoemd in de eerder genoemde richtlijnen van Eurojust (‘Welke jurisdictie moet tot vervolging overgaan?’).

16. Luchtman 2009. Zie ook Raadsdocument 6417/1/09 REV 1 COPEN 32, interinstitutioneel dossier 2009/0802(CNS), 20 februari 2009, p. 3. Daarbij wordt vooral gezinspeeld op de situatie waarin meerdere personen van dezelfde of verwante feiten verdacht worden. Ik zie hier niet expliciet het geval terugkomen waarin één persoon verdacht wordt van meerdere feiten in verschillende lidstaten.

17. Die verklaring luidt als volgt: ‘Ter wille van een efficiëntere rechtsbedeling in strafzaken, en gezien de steeds toenemende complexiteit van grensoverschrijdende criminele activiteiten, zal de Raad in voorkomend geval nagaan of er nog meer maatregelen kunnen worden genomen ter facilitering van de samenwerking in situaties waarbij strafprocedures in twee of meer lidstaten worden gevoerd jegens verscheidene personen die bij dezelfde of verwante feiten zijn betrokken, of met betrekking tot dezelfde criminele organisatie, en daarbij rekening houden met de rol van Eurojust en het Europees justitieel netwerk. De Raad spoort de lidstaten aan om onder-tussen via hun bevoegde autoriteiten contact met elkaar op te nemen en informatie uit te wisselen in dergelijke situaties, overeenkomstig het nationale recht en de nationale procedures, het recht van de Europese Unie of het internationale recht.’ Zie: Raadsdocument 10225/09 COPEN 95, interinstitutioneel dossier 2009/0802(CNS), 20 mei 2009.

18. M. Wade e.a., *EuroNeeds. Evaluating the needs for and the needs of a European Criminal Justice System*, Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 2011, p. 20-22.

ationale zaken nog geen algemeen geaccepteerd fenomeen is, hoewel die samenwerking – mede dankzij instellingen als Eurojust – zeker wel toeneemt.¹⁹

3 Strafmatiging bij de gelijktijdige berechting van meerdere strafbare feiten

Bij de bestrafing van meerdere strafbare feiten tegelijkertijd wordt in Nederland de samenloopregeling van artikel 55-63 Sr in acht genomen. Artikel 57 Sr bevat een regeling voor gevallen van meerdaadse samenloop: wanneer de rechter meerdere feiten tegelijkertijd bestraft, wordt slechts één straf opgelegd, die – in geval van een gevangenisstraf – nooit het zwaarste strafmaximum, vermeerderd met een derde, mag overstijgen. Voor andere straffen is zuivere cumulatie van straffen het uitgangspunt. De samenloopregeling is ontwikkeld om onbeperkte en ongerechtvaardigde cumulatie van straffen tegen te gaan. De minister stelde bij het vaststellen van de samenloopregeling dat het opzet bij het later gepleegde misdrijf wel wordt voortgezet maar niet wordt verdubbeld en dat de zwaarte van de straf intensief wordt vergroot naarmate de straf langer duurt.²⁰ Enige strafmatiging is daarom op zijn plaats wanneer meerdere strafbare feiten tegelijkertijd worden berecht. Hoewel de rechter vaak de ruimte heeft om toch de straffen voor de verschillende feiten bij elkaar op te tellen, doordat hij ruim onder de wettelijke strafmaxima blijft, lijkt de strekking van de samenloopregeling te zijn dat ook de daadwerkelijk opgelegde totaalstraf enigszins gematigd wordt.²¹

Artikel 63 Sr is van toepassing als feiten die – gelet op hun pleegdatum – gelijktijdig hadden kunnen worden berecht, ongelijktijdig worden berecht.²² Deze bepaling behelst de verplichting voor de rechter om de samenloopregeling ook toe te passen wanneer iemand, nadat hem (al dan niet onherroepelijk) een straf is opgelegd, schuldig wordt verklaard aan een delict dat is gepleegd voor die strafoplegging. Beide feiten hadden in theorie tegelijkertijd kunnen worden berecht, zodat de ratio van de samenloopregeling er ook hier toe doet. Ook wordt voorkomen dat het OM de samenloopregeling kan omzeilen door strafbare feiten niet tegelijkertijd te vervolgen. De eerder opgelegde straf moet in geval van toepassing van artikel 63 Sr worden afgetrokken van de maximumstraf die had kunnen worden opgelegd bij de gelijktijdige berechting van de feiten (te weten de maximumstraf van het zwaarste delict, verhoogd met een derde).

Veel rechtstelsels binnen de EU kennen een – qua ratio met de Nederlandse samenloopregeling vergelijkbare – regeling waarin de totale straf bij de gelijktijdige berechting van meerdere feiten gematigd wordt.²³ Hieraan wordt evenwel niet overal dezelfde invulling gegeven als in Nederland. Zo wordt in Duitsland bij de ongelijktijdige berechting van feiten die gelijktijdig hadden kunnen worden berecht, de eerdere straf – mits deze nog niet vol-

19. Cijfers over de omvang van de beschreven problematiek (meervoudige vervolgingen wegens meerdere feiten) zijn niet voor handen. Uit het feit dat op EU-niveau wel degelijk gediscussieerd wordt over nut en noodzaak van het ontwikkelen van regels omtrent forumkeuze (zij het dat deze regels vooralsnog nauwelijks van de grond komen), en uit het feit dat Eurojust een steeds grotere rol speelt in de coördinatie van vervolgingen die plaatsvinden in meerdere lidstaten, lijkt evenwel afgeleid te mogen worden dat het een reëel probleem betreft.

20. Zie hierover uitgebreid J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 498 e.v., M.J.A. Duker, 'De samenloopregeling herijkt', *DD* 2011, 43.

21. Duker 2011.

22. Dit uitgangspunt moet enigszins genuanceerd worden, nu ook gevallen waarin de feiten niet gelijktijdig hadden kunnen worden berecht, soms onder de werkingssfeer van artikel 63 Sr kunnen vallen. Zie hierover uitgebreid Duker 2011 en M.J.A. Duker, 'Artikel 63 Wetboek van Strafrecht: een nog onopgelost probleem', *NJB* 2013, 657. Voor nu ga ik er voor het gemak vanuit dat een transnationale samenloopregeling van toepassing moet zijn als de relevante feiten tegelijkertijd hadden kunnen worden berecht.

23. De Hullu 2003, p. 45-47.

ledig ten uitvoer is gelegd – herzien.²⁴ In Engeland bestaat de mogelijkheid om meerdere opgelegde straffen tegelijkertijd ten uitvoer te leggen, zodat de veroordeelde feitelijk een minder lange straf hoeft uit te zitten.²⁵ Ook binnen de Raad van Europa is aandacht voor strafmatiging bij de gelijktijdige berechting van meerdere strafbare feiten. In een aanbeveling van het Comité van Ministers over straftoemeting wordt het volgende gesteld:

“Where an offender is sentenced on one occasion for several offences, the decision on the severity of the sentence or combination of sentences should take some account of the plurality of offences but should also remain in proportion to the seriousness of the total criminality under consideration.”²⁶

Nu de idee van strafmatiging bij de bestraffing van meerdere feiten breed lijkt te leven onder EU-lidstaten, lijkt het niet onlogisch dergelijke regelingen van overeenkomstige toepassing te verklaren op veroordelingen in andere EU-lidstaten, in die gevallen waarin de onderliggende strafbare feiten tegelijkertijd hadden kunnen worden berecht. Blijkbaar bestaat er een gemeenschappelijke traditie binnen de EU om de totaalstraf bij de berechting van meerdere feiten enigszins te matigen teneinde onredelijk hoge straffen te vermijden. In de vrije rechtsruimte die de EU idealiter vormt, zou het merkwaardig zijn als samenloopregelingen alleen op nationaal niveau bestaan. Het principe van wederzijdse erkenning, dat de hoeksteen vormt voor de strafrechtelijke samenwerking binnen de EU, speelt niet voor niets op steeds meer vlakken een belangrijke rol. Dat zou ook in gevallen van transnationale samenloop zo moeten zijn, zeker nu de regels omtrent strafrechtelijke forumkeuze nog zo onderontwikkeld zijn. Ik stel mij daarbij concreet de volgende situatie voor: wanneer de rechter in lidstaat B ontdekt dat de verdachte in lidstaat A voor feit A is veroordeeld, welke feit tegelijkertijd had kunnen worden berecht met het strafbare feit B dat in lidstaat B aan de orde is, houdt hij daar rekening mee zoals hij zou doen wanneer de feiten A en B daadwerkelijk gelijktijdig waren berecht. Het Kaderbesluit 2009/315/JBZ van 26 februari 2009 betreffende de organisatie en de inhoud van uitwisseling van gegevens uit het strafregister tussen de lidstaten en het Besluit 2009/316/JBZ van 6 april 2009 betreffende de oprichting van het Europees Strafregister Informatiesysteem (ECRIS) maken de uitwisseling van gegevens over veroordelingen in andere lidstaten mogelijk, zodat procespartijen en de rechter zich hiervan op de hoogte kunnen stellen.²⁷

4 Transnationale samenloop?

4.1 Inleiding

Wanneer hetzelfde feit in meerdere lidstaten tegelijkertijd wordt vervolgd, zorgt het *ne bis in idem*-beginsel er voor dat geen dubbele straf kan worden opgelegd. De sluitstukfunctie die

24. Kamerstukken II 2009/10, 32 257, nr. 3, p. 3.

25. M. Wasik, ‘Concurrent and consecutive sentences revisited’, in: L. Zedner & J.V. Roberts (ed.), *Principles and values in criminal law and criminal justice: essays in honour of Andrew Ashworth*, Oxford: Oxford University Press 2012.

26. Recommendation No. R (92)17 van het Comité van Ministers van 19 oktober 1992, *Consistency in sentencing*, Aanbeveling D5.

27. De inhoud van Kaderbesluit 2009/315/JBZ betreffende de organisatie en de inhoud van uitwisseling van gegevens uit het strafregister tussen de lidstaten, *PbEU* 2009, L 93/23 maakte oorspronkelijk deel uit van het Kaderbesluit 2008/675/JBZ, *PbEU* L 220/32 (zie hierover paragraaf 4.2), maar is hier uiteindelijk van losgekoppeld. In Nederland zijn deze besluiten inmiddels geïmplementeerd door middel van een aanpassing van de Wet politiegegevens en de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens. Zie *Stb.* 2012, 130. Zie voor een overzicht van EU-lidstaten die reeds deelnemen aan het ECRIS de nieuwsbrief van de Justitiële informatiedienst van het Ministerie van Veiligheid en Justitie van juli 2013. Raadpleegbaar via: http://www.justid.nl/images/nieuwsbrief-justitiële-informatiedienst-juli-2013_tcm54-506458.pdf (laatst geraadpleegd op 2 oktober 2013).

het *ne bis in idem*-beginsel vervult, zou bij de gelijktijdige vervolging van meerdere feiten in meerdere lidstaten kunnen worden vervuld door een transnationale samenloopregeling. De vraag is of in het EU-recht regelgeving bestaat waaruit een transnationale samenloopregeling kan worden afgeleid. Een transnationale samenloopregeling op verdragsniveau, zoals het *ne bis in idem*-beginsel ex artikel 54 SUO, bestaat niet, maar het Kaderbesluit 2008/675/JBZ zou een goede basis kunnen vormen om de lidstaten te verplichten met transnationale samenloop rekening te houden. Hierna wil ik het Kaderbesluit aan een nader onderzoek onderwerpen en de volgende vraag onderzoeken: creëert het Kaderbesluit een verplichting voor lidstaten om een regeling te introduceren welke inhoudt dat de nationale rechter, in het geval van een buitenlandse veroordeling voor een feit, dat tegelijkertijd had kunnen worden vervolgd met het door die rechter te berechten feit, met die buitenlandse veroordeling ten gunste van de verdachte rekening moet houden? En voor zover het Kaderbesluit een dergelijke verplichting niet creëert, kan hieruit dan wel een verplichting worden afgeleid voor lidstaten die een dergelijke regeling op nationaal niveau reeds kennen, om deze transnationaal toe te passen?

4.2 *Het Kaderbesluit betreffende de wijze waarop in een strafrechtelijke procedure rekening wordt gehouden met veroordelingen in andere lidstaten van de EU*

In 2008 is Kaderbesluit 2008/675/JBZ in werking getreden.²⁸ Het is in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht geïmplementeerd en sinds 1 juli 2010 geldend recht.²⁹ Met het Kaderbesluit wordt kort gezegd de verplichting voor lidstaten geschapen om in een strafrechtelijke procedure tegen een persoon rekening te houden met eerdere strafrechtelijke veroordelingen die tegen hem zijn uitgesproken in andere lidstaten. Het principe van wederzijdse erkenning ligt aan deze verplichting ten grondslag. Aan buitenlandse veroordelingen moeten dezelfde rechtsgevolgen (procedureel dan wel materieel) worden verbonden als aan nationale veroordelingen.³⁰

Het Kaderbesluit heeft als achtergrond het 'actieprogramma voor de tenuitvoerlegging van het beginsel van wederzijdse erkenning in strafzaken', dat door de Raad werd goedgekeurd in 2000. Daarin is vastgesteld dat de nationale rechter 'bij de beoordeling van het strafrechtelijk verleden van de dader, de vaststelling van recidive en de bepaling van strafmodaliteiten en executiemodaliteiten, rekening moet kunnen houden met onherroepelijke strafrechtelijke beslissingen in andere lidstaten'.³¹ Onherroepelijke veroordelingen in andere lidstaten moeten kunnen worden meegewogen in de berechting van een strafbaar feit in eigen land. Lidstaten houden nu namelijk nog te weinig rekening met onherroepelijke veroordelingen in het buitenland.

Het witboek van de Commissie over de uitwisseling van informatie over strafrechtelijke veroordelingen en hun gevolgen in de Europese Unie heeft ten grondslag gelegen aan het

28. Kaderbesluit 2008/675/JBZ van de Raad van 24 juli 2008 betreffende de wijze waarop bij een nieuwe strafrechtelijke procedure rekening wordt gehouden met veroordelingen in andere lidstaten van de Europese Unie, *PbEU* 2008, L 220/32.

29. *Stb.* 2010, 200 (inwerkingtreding 1 juli 2010, *Stb.* 2010, 201).

30. Uitgebreid over de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen in de EU: J.W. Ouwkerk, *Quid pro quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters* (diss. Tilburg), Cambridge/Antwerpen/Portland: Intersentia 2011 (in het bijzonder p. 66-67).

31. Zie punt 2 van de considerans en het Programma van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen van de Europese Raad (PB C 12 van 15 januari 2001), in het bijzonder p. 11 waarin het volgende staat: 'Bepaalde aspecten van de wederzijdse erkenning zijn in internationaal verband niet aangesneden, in het bijzonder procedurele beslissingen of het aspect dat bij een rechterlijke beslissing rekening wordt gehouden met buitenlandse strafrechtelijke beslissingen, met name om het strafrechtelijk verleden en de recidive van een persoon te beoordelen.'

voorstel van de Commissie voor het Kaderbesluit.³² In dit witboek gaat de Commissie vooral in op de noodzaak van het ontwikkelen van een systeem binnen de EU waarin informatie over veroordelingen van EU-onderdanen kan worden uitgewisseld. De Commissie stelt dat aan eerdere veroordelingen binnen een nationaal rechtskader verschillende gevolgen kunnen worden gekoppeld. Het principe van wederzijdse erkenning brengt mee dat dezelfde gevolgen ook zouden moeten kunnen worden verbonden aan buitenlandse veroordelingen. Een opmerkelijk voorbeeld van een gevolg dat de Commissie hierbij geeft, is de mogelijkheid om straffen met elkaar te ‘vermengen’. In de Engelse taalversie wordt gesproken over ‘the possibility of running sentences concurrently’. Blijkbaar heeft de Commissie dus niet alleen oog gehad voor de strafverzwarende effecten die eerdere veroordelingen teweeg brengen (denk aan de toepasselijkheid van recidivebepalingen), maar moet ook de mogelijkheid open worden gehouden dat meerdere veroordelingen tegelijkertijd ten uitvoer worden gelegd, zodat de totale uit te zitten straf wordt gematigd.³³ Ook in het uiteindelijke voorstel voor het Kaderbesluit wordt door de Commissie aan die mogelijkheid vastgehouden. Op het uitgangspunt dat elke buitenlandse veroordeling in de lidstaten dezelfde rechtsgevolgen moet hebben als nationale veroordelingen, wordt slechts een beperkt aantal uitzonderingen geformuleerd. Geen van alle zien op de situatie waarin een buitenlandse veroordeling tot strafmatiging bij de bestraffing van het huidige feit zou moeten leiden omdat beide feiten tegelijkertijd hadden kunnen worden vervolgd.³⁴

Het oorspronkelijke voorstel van de Commissie heeft evenwel geen stand kunnen houden in de onderhandelingen die daarop in de Raad gevolgd zijn. In het uiteindelijke Kaderbesluit is de hoofdregel vervat in artikel 3 lid 1: lidstaten moeten ervoor zorgen dat in een strafrechtelijke procedure tegen een persoon rekening wordt gehouden met in andere lidstaten tegen de betrokkene uitgesproken eerdere veroordelingen wegens andere feiten, en hieraan gelijke rechtsgevolgen verbinden als aan eerdere veroordelingen in de lidstaat zelf. Er wordt geen expliciete verplichting gecreëerd voor de nationale rechter om, wanneer het te berechten feit in theorie tegelijkertijd aan de orde had kunnen komen met het buitenlandse feit, met die buitenlandse veroordeling ten gunste van de verdachte rekening te houden.

Kan die verplichting dan wel uit de hoofdregel worden afgeleid voor staten die een dergelijke regeling al kennen? In principe wel, zij het dat op de hoofdregel een aantal uitzonderingen is geformuleerd. In artikel 3, leden 3 en 4, is de situatie genoemd waarin de eerdere veroordeling wordt doorkruist, ingetrokken of herzien bij de berechting van het nieuwe feit. De Duitse samenloopregeling is hier een voorbeeld van. Bij de berechting van het nieuwe feit wordt het oude feit betrokken, waarbij de oude straf terzijde wordt geschoven en een nieuwe straf wordt opgelegd voor het oude en nieuwe feit tezamen. Wanneer de eerdere veroordeling door een beslissing van een andere lidstaat doorkruist zou kunnen worden, hoeft deze geen rol te spelen bij de bestraffing van het nieuwe feit.³⁵ De andere uitzonderingsmogelijkheid is opgenomen in artikel 3 lid 5 Kaderbesluit. Wanneer het strafbare feit waarover de nieuwe

32. Witboek van de Commissie over de uitwisseling van informatie over strafrechtelijke veroordelingen en hun gevolgen in de Europese Unie, COM(2005) 10 def. Overigens heeft dit witboek ook ten grondslag gelegen aan het Kaderbesluit 2009/315/JBZ, *PbEU* 2009, L 93/23.

33. Eerder kwam al aan de orde dat in Engeland bij het tegelijkertijd opleggen van meerdere straffen bepaald moet worden of de verschillende opgelegde straffen tegelijkertijd (*concurrent*) of achter elkaar (*consecutive*) ten uitvoer moeten worden gelegd.

34. Voorstel voor Kaderbesluit van de Commissie, 17 maart 2005, interinstitutioneel dossier 2005/0018 (CNS), COM(2005) 91 def. Zie pagina 5: ‘Tijdens het proces zelf kan het bestaan van eerdere veroordelingen bijvoorbeeld gevolgen hebben voor het soort bevoegde rechterlijke instantie en, wat vaker voorkomt, de aard en de zwaarte van de straf (zoals geen of beperkte mogelijkheid tot voorwaardelijke straffen, strafverzwaring, cumulatie of vermenging met een eerdere straf).’

35. Raadsdocument van 29 september 2006, 13101/1/06, COPEN 100, interinstitutioneel dossier 2005/0018 (CNS).

procedure wordt gevoerd, gepleegd is voordat de eerdere veroordeling is uitgesproken of volledig ten uitvoer is gelegd, hoeft de algemene regel van artikel 3 lid 1 Kaderbesluit niet te worden toegepast, wanneer deze toepassing tot gevolg heeft dat de rechter beperkt zou worden in het opleggen van een straf in de nieuwe procedure. Wel bevat de tweede volzin van artikel 3 lid 5 de verplichting voor de rechter om – wanneer hij de betreffende uitzonderingsmogelijkheid toepast – anderszins rekening te houden met buitenlandse veroordelingen. Uit stukken over de totstandkoming van het Kaderbesluit komt duidelijk naar voren dat deze uitzonderingsmogelijkheid door de Nederlandse regering is bedongen.³⁶ Er zou geen verplichting moeten zijn om de eerdere, in een andere lidstaat uitgesproken veroordeling in aanmerking te nemen, indien de bij die eerdere veroordeling opgelegde straf in mindering zou moeten worden gebracht op de straf die in de nieuwe procedure wordt opgelegd. Het zou dan namelijk kunnen gebeuren dat in Nederland geen ruimte meer bestaat om een passende straf op te leggen, wanneer een eerdere (wellicht relatief zware) straf die in het buitenland is opgelegd, op de nieuwe straf in mindering zou moeten worden gebracht. Voorgesteld is toen om artikel 3 lid 5 zo te formuleren, dat de buitenlandse straf alleen in aanmerking mag worden genomen tot op de hoogte die hij waarschijnlijk zou hebben gehad indien de eerdere veroordeling een nationale veroordeling was. Ook met deze invulling was Nederland het echter oneens.³⁷ Naar aanleiding van de bezwaren van de Nederlandse regering is opnieuw gediscussieerd over de invulling die aan artikel 3 lid 5 zou moeten worden gegeven.³⁸ Die nieuwe invulling is in het huidige Kaderbesluit overgenomen en lijkt de ruimte te bieden om de Nederlandse samenloopregeling van de werking van het Kaderbesluit uit te sluiten. De tweede volzin van artikel 3 lid 5 maakt echter wel duidelijk dat de rechter buitenlandse veroordelingen in de straftoemeting niet geheel buiten beschouwing mag laten.

4.3 De implementatie van het Kaderbesluit in Nederland

Van de brede invulling die de Commissie destijds wilde geven aan het rekening houden met buitenlandse veroordelingen, is in het uiteindelijke Kaderbesluit dus weinig terug te vinden. In de parlementaire stukken over de implementatie van het Kaderbesluit in Nederland lijkt het doel van het Kaderbesluit bovendien zeer beperkt te worden opgevat. De minister stelt namelijk vast dat het Kaderbesluit tot doel heeft 'te bewerkstelligen dat bij de beoordeling *of sprake is van recidive* niet alleen rekening wordt gehouden met vroegere veroordelingen van de betrokkene, uitgesproken door de eigen, nationale strafrechter, maar tevens met vroegere veroordelingen, uitgesproken door een strafrechter in een andere lidstaat van de Europese Unie'.³⁹ Een dergelijke focus op gevallen van recidive is in Kaderbesluit evenwel – ondanks de uitzonderingsmogelijkheden die op het uitgangspunt zijn geformuleerd – niet expliciet terug te vinden.⁴⁰ De minister stelt voorts vast dat artikel 63 Sr van transnationale werking wordt uitgesloten.⁴¹ De verschillen in strafklimaat en executiemodaliteiten tussen

36. Raadsdocument van 29 september 2006, 13101/1/06, COPEN 100, interinstitutioneel dossier 2005/0018 (CNS).

37. Raadsdocument van 29 september 2006, 13101/1/06, COPEN 100, interinstitutioneel dossier 2005/0018 (CNS), p. 5.

38. Raadsdocument van 20 oktober 2006, 13568/06, COPEN 105, interinstitutioneel dossier 2005/0018 (CNS).

39. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 257, nr. 3, p. 1 (cursivering toegevoegd).

40. Opmerkelijk is bovendien dat de minister verwijst naar het Kaderbesluit van de Raad van 6 december 2001 tot wijziging van het Kaderbesluit 2000/383/JBZ tot versterking, door middel van strafrechtelijke en andere sancties, van de bescherming tegen valsemunterij in verband met het in omloop brengen van de euro, *PbEU* 2001, L 329/4. Dit Kaderbesluit ziet – in tegenstelling tot Kaderbesluit 2008/675/JBZ – wel expliciet op gevallen van recidive. Mijns inziens zijn de twee Kaderbesluiten qua strekking dan ook niet vergelijkbaar. De minister denkt daar anders over: 'het kaderbesluit dat ten grondslag ligt aan het onderhavige wetsvoorstel, kan worden gezien als een vergelijkbare regeling, doch met een algemeen toepassingsbereik.' *Kamerstukken II* 2009/10, 32 257, nr. 3, p. 3.

41. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 257, nr. 3, p. 4.

de lidstaten zouden – bij toepasselijkheid van artikel 63 Sr op buitenlandse veroordelingen – tot onredelijke uitkomsten kunnen leiden. Verwezen wordt naar een conclusie van advocaat-generaal Machielse voor een arrest van de Hoge Raad. Hij geeft een voorbeeld van de situatie dat de in een andere lidstaat eerder opgelegde straf veel hoger is dan deze in Nederland zou zijn geweest, bijvoorbeeld omdat de veroordeelde in de andere lidstaat al veel eerder voorwaardelijk in vrijheid wordt gesteld. Het gevolg zou dan zijn dat de Nederlandse rechter geen ruimte meer heeft om een passende straf op te leggen.⁴² De Hoge Raad heeft – vanuit deze overweging – altijd vastgehouden aan het uitgangspunt dat artikel 63 Sr niet van toepassing kan worden verklaard op buitenlandse veroordelingen.⁴³

Op deze redenering wordt zowel door de Raad van State als door Kamerleden kritiek geuit. De Raad van State stelt vast dat in de considerans (punten 8 en 9) van het Kaderbesluit wordt aangegeven dat wanneer tijdens de strafrechtelijke procedure in een lidstaat informatie over een in een andere lidstaat uitgesproken eerdere veroordeling beschikbaar is, vermeden moet worden dat de betrokkene minder gunstig wordt behandeld dan indien deze eerdere veroordeling een nationale veroordeling was geweest. Bovendien zou (de tweede volzin van) artikel 3 lid 5 van het Kaderbesluit zo moeten worden geïnterpreteerd dat indien de nationale rechter, op grond van een in een andere lidstaat uitgesproken eerdere veroordeling, oordeelt dat een bepaalde strafmaat gezien de omstandigheden van de dader onevenredig hard zou zijn, hij de strafmaat kan verminderen, indien dat in louter nationale zaken ook mogelijk zou zijn.⁴⁴ De Raad is er daarom niet van overtuigd dat artikel 63 Sr buiten de toepassing van de nieuwe regeling moet worden gehouden.⁴⁵

De minister gaat hier echter niet in mee. De argumenten van de Raad, gebaseerd op de punten 8 en 9 van de considerans, worden verworpen met de overweging dat het Nederlandse strafrecht geen minimumstraffen kent. De rechter kan dus altijd besluiten een relatief lage straf op te leggen als hij dat zinvol acht, zodat de verdachte niet wordt benadeeld omdat hij eerder elders is gestraft.⁴⁶ Het Kaderbesluit vereist daarnaast inderdaad dat – wanneer de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 3 lid 5 wordt overgenomen – er voldoende op wordt toegezien dat in andere lidstaten uitgesproken veroordelingen door rechters anderszins wel in aanmerking worden genomen. De minister erkent dit en stelt vast dat de rechter in de straftoemeting veel vrijheid heeft om veroordelingen uit het buitenland mee te wegen in zijn oordeel, zonder dat hij evenwel wordt beperkt in het opleggen van een passende straf:

“Het feit dat artikel 63 Sr niet van toepassing is op eerdere veroordelingen afkomstig uit een andere lidstaat, heeft uitsluitend tot gevolg dat de rechter niet gebonden is aan het strafmaximum dat zou gelden op grond van de regels van beperkte cumulatie van vrijheidsstraffen, maar laat

42. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 257, nr. 3, p. 4 en HR 31 maart 2009, *NJ* 2009, 176. Zie ook het advies van de Nederlandse vereniging voor rechtspraak (NVvR) van 31 oktober 2005 n.a.v. het ontwerp-Kaderbesluit. Het werd niet gewenst geacht om artikel 63 Sr van toepassing te laten zijn op buitenlandse veroordelingen. Te raadplegen via de website van de NVvR: www.nvvr.org onder ‘adviezen’.

43. Zie o.a. HR 19 april 2005, *LJN* AS5556, HR 29 november 2005, *NJ* 2006, 176 en HR 31 maart 2009, *LJN* BG9198.

44. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 257, nr. 4, p. 2.

45. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 257, nr. 4, p. 2.

46. De Commissie noemde in het voorstel voor het Kaderbesluit als voorbeeld van een situatie waarin de betrokkene tijdens de nieuwe procedure een strengere behandeling zou ondergaan dan wanneer de eerdere veroordeling in de eigen lidstaat was uitgesproken het volgende: wanneer de zwaarte van de straf in de tweede lidstaat negatieve rechtsgevolgen heeft voor de betrokkene (bijvoorbeeld toepassing van strengere procedureregels) die er in deze staat niet zouden zijn geweest indien zijn eigen rechtstelsel (met de bijbehorende maximumstraf) zou zijn toegepast, mag de eerste veroordeling buiten beschouwing worden gelaten omdat het feit dat zij in een ander rechtstelsel met een zwaardere maximumstraf tot stand is gekomen, voor de betrokkene tot een ongunstige situatie leidt. Zie COM (2005) 91 def., p. 7.

onverlet dat de rechter gegeven de omstandigheden van het geval tot een relatief lagere straf kan komen”.⁴⁷

Ook de leden van de PvdA-fractie informeren naar de redenen achter het uitsluiten van artikel 63 Sr van de werking van het Kaderbesluit. Hierop antwoordt de staatssecretaris het volgende, nadat zij heeft vastgesteld dat artikel 63 Sr wordt toegepast wanneer gelijktijdige berechting van de strafbare feiten mogelijk was geweest:

“uitbreiding van het toepassingsbereik van artikel 63 Sr tot buitenlandse veroordelingen zou volledig indruisen tegen de ratio van dit artikel. Immers, de mogelijkheid van gelijktijdige berechting doet zich nu juist niet voor wanneer het ene feit in Nederland is gepleegd en het andere feit in een andere lidstaat. Bovendien zou zich het probleem voordoen dat in het buitenland opgelegde straffen niet noodzakelijkerwijs zijn te vergelijken met in Nederland opgelegde straffen”.⁴⁸

Het eerste argument dat de staatssecretaris noemt, is mijns inziens niet steekhoudend, nu een gelijktijdige berechting van strafbare feiten, gepleegd in meerdere lidstaten, in sommige gevallen wel mogelijk was geweest, als er nu maar duidelijke regels waren geweest over de keuze van het meest geschikte rechtsforum in zulke situaties. Juist vanwege het gebrek aan regelgeving hieromtrent, zou een transnationale toepassing van artikel 63 Sr een goed alternatief vormen om de totaalstraf enigszins te matigen. Wat betreft het tweede argument (buitenlandse en Nederlandse straffen zijn niet te vergelijken, zodat de mogelijkheid tot het opleggen van een passende straf in het geding komt) merk ik het volgende op. Eerder kwam ter sprake dat tijdens de beraadslaging over het Kaderbesluit in Brussel het voorstel werd gedaan dat de buitenlandse straf alleen in aanmerking zou worden genomen tot op de hoogte die de straf waarschijnlijk zou hebben gehad indien de eerdere veroordeling een nationale veroordeling was geweest. Dit werd voorgesteld om Nederland tegemoet te komen. Hoewel ik mij kan voorstellen dat het geen sinecure is om te bepalen welke straf in Nederland zou zijn gegeven voor het feit dat in het buitenland is berecht, zou hiermee wel het door de staatssecretaris geschetste probleem kunnen worden verholpen. Door de buitenlandse straf om te zetten naar de straf die in Nederland voor een dergelijk feit zou zijn opgelegd, zou bereikt kunnen worden dat dezelfde omstandigheden worden gecreëerd om ook voor het huidige te berechten feit een passende straf op te leggen. Er bestaat bovendien reeds een hulpmiddel dat de rechter bij die fictieve omzetting zou kunnen aanwenden. In het kader van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen (WOTS) moet de rechter, wanneer de tenuitvoerlegging van de in het buitenland opgelegde straf wordt overgenomen door Nederland, namelijk regelmatig de straf naar Nederlandse maatstaven omzetten. Met de inwerkingtreding van de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging strafvonnissen (WETS),⁴⁹ is binnen de EU een ander regime gaan gelden en moet de straf als zodanig worden overgenomen, zonder omzetting naar Nederlandse maatstaven. Dat laat onverlet dat de rechtspraak met betrekking tot de omzettingsprocedure binnen de WOTS relevante factoren bevat waarmee bij de omzetting van de straf rekening wordt gehouden, en op die manier dus kan worden benut om – enkel voor het bepalen van de maximale

47. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 257, nr. 4, p. 2-3. Zie voor een uitspraak waarin dit ook gebeurt: Rb. Oost-Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BY9800.

48. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 257, nr. 6, p. 4.

49. *Stb.* 2012, 333.

hoogte van de huidige straf – de buitenlandse straf (fictief) om te zetten.⁵⁰ Oftewel: als artikel 63 Sr wel van toepassing zou worden verklaard op buitenlandse veroordelingen, met als voorbehoud dat de buitenlandse straf alleen in aanmerking mag worden genomen tot op de hoogte die hij waarschijnlijk zou hebben gehad indien de eerdere veroordeling een nationale veroordeling was, zou de rechtspraak inzake de omzettingsprocedure in WOTS-zaken als hulpmiddel kunnen dienen voor de rechter om de buitenlandse straf – fictief – om te zetten. Deze mogelijkheid lijkt echter nooit in overweging te zijn genomen, althans hiervan wordt geen blijk gegeven in de onderzochte stukken. De conclusie moet dus luiden dat het Kaderbesluit geen consequenties lijkt te hebben voor de toepassing van artikel 63 Sr, nu de wetgever gebruik heeft gemaakt van de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 3 lid 5 Kaderbesluit. Dit lijkt ook het geval te zijn voor wat betreft verschillende samenloopregelingen in andere lidstaten.

4.4 *Nadere analyse: het Kaderbesluit als basis voor een transnationale samenloopregeling?*

Hoewel het voorstel voor Kaderbesluit 2008/675/JBZ veelbelovend was, in die zin dat de Commissie voor ogen had dat op alle mogelijke manieren rekening moest worden gehouden met eerdere onherroepelijke veroordelingen, is daar in het uiteindelijke Kaderbesluit weinig van terecht gekomen. Het bevat noch de verplichting om een transnationale samenloopregeling te creëren, noch een verplichting om reeds bestaande nationale samenloopregelingen van overeenkomstige toepassing te verklaren op buitenlandse veroordelingen. Daarvoor hebben de uitzonderingsmogelijkheden ex artikel 3, leden 3, 4 en 5 een beletsel opgeworpen. De aanwezigheid van de verschillende nationale samenloopregelingen betekent kennelijk niet dat daarmee ook draagvlak bestaat onder EU-lidstaten voor een transnationale samenloopregeling. Dat wekt enerzijds niet heel veel verbazing, daar tot zo'n twintig jaar geleden hetzelfde gold voor het *ne bis in idem*-beginsel. Lange tijd weigerden EU-lidstaten een transnationaal werkend *ne bis in idem*-beginsel te erkennen, terwijl dit in het nationale recht van meeste staten wel verankerd was. Anderzijds zou op dit vlak wel meer mogen worden verwacht van de lidstaten, daar de Unie één rechtsruimte vormt, waarin burgers zich vrij moeten kunnen bewegen zonder hiervan nadelige consequenties te ondervinden. Bovendien is in het Kaderbesluit de verplichting opgenomen onder artikel 3 lid 5 om, wanneer de genoemde uitzonderingsmogelijkheid wordt toegepast, anderszins rekening te houden met de buitenlandse veroordeling die heeft plaatsgevonden na het plegen van het huidige te berechten feit. De straf mag ingevolge overweging 9 van de considerans immers niet onevenredig zwaar zijn voor de dader. Als strafmaatvermindering wegens samenloop in louter nationale zaken plaatsvindt, moet dat ook op enigerlei wijze gebeuren in geval van buitenlandse veroordelingen. Niet voor niets is in de eerder genoemde aanbeveling van het Comité van Ministers aangegeven dat strafmatiging bij de cumulatie van meerdere sancties op zijn plaats is.⁵¹ Samenloopbepalingen vormen een waarborg tegen buitenproportionele bestraffing en zouden zodoende – op enigerlei wijze – transnationaal toepasselijk moeten zijn, teneinde te voorkomen dat iemand onevenredig zwaar wordt be-

50. Zie hierover uitgebreid en met nadere verwijzingen: H.D. Sanders, *De tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen* (diss. Tilburg), Cambridge/Antwerpen/Portland: Intersentia 2004, p. 82 e.v. en H.D. Sanders & J.M. Sjöcrona, 'Overdracht en overname van de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafrechtelijke beslissingen', in: E. van Sliedregt, J.M. Sjöcrona & A.M.M. Orie (red.), *Handboek internationaal strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 319-332.

51. Recommendation No. R (92)17 van het Comité van Ministers van 19 oktober 1992, *Consistency in sentencing*, Aanbeveling D5.

straf omdat hij in verschillende lidstaten wegens verschillende strafbare feiten procedures heeft lopen.

De oorspronkelijke gedachte van de Commissie dat eerdere buitenlandse veroordelingen op verschillende manieren een rol moeten spelen in het nationale recht, is al met al niet volledig uit het Kaderbesluit verdwenen. Sterker nog, gesteld kan worden dat het Kaderbesluit nog altijd de verplichting bevat om onder alle omstandigheden rekening te houden met buitenlandse veroordelingen. Deze verplichting kan worden afgeleid uit de tweede volzin van artikel 3 lid 5 in combinatie met artikel 3 lid 1 en overwegingen 8 en 9 in de considerans. De lidstaten lijken voornamelijk niet te hebben geweten hoe een transnationale samenloop-regeling vorm had moeten krijgen. In ieder geval hebben zij het onwenselijk gevonden als de straftoemingsvrijheid van de rechter wegens buitenlandse veroordelingen wettelijk zou worden beperkt. Dat blijkt duidelijk uit de overwegingen van de Nederlandse regering tijdens het onderhandelingsproces in Brussel. Weliswaar hoeft de Nederlandse rechter artikel 63 Sr dus niet op gelijke wijze toe te passen in geval van een eerdere buitenlandse veroordeling, maar de strekking ervan dient hij wel in zijn achterhoofd te houden bij het beoordelen van een nieuwe zaak. Sterker nog: om de strafoplegging kaderbesluitconform te laten zijn, zal de rechter – in voorkomende gevallen – hiermee rekening moeten houden. Soms gebeurt dat al. In een zaak die speelde voor de Rechtbank Oost-Nederland wensten zowel het OM als de verdediging rekening te houden met artikel 63 Sr, nu de verdachte in Spanje reeds veroordeeld was voor een feit, dat na het huidige te berechten feit had plaatsgevonden.⁵² De raadsman voerde daarbij in het bijzonder aan dat het Spaanse feit ook in Nederland berecht had kunnen worden. De rechtbank stelde vast dat artikel 63 Sr volgens vaste rechtspraak niet van toepassing is als de eerdere veroordeling een buitenlandse is, maar hield hier in de straftoemeting – in het kader van de persoonlijke omstandigheden van de verdachte – desalniettemin wel rekening mee. In een andere uitspraak stelde het Hof Amsterdam vast dat de verdachte op dat moment een straf uitzat in België voor een vergelijkbaar feit. ‘Naar analogie van artikel 63 Sr’ hield het hof hiermee rekening bij het bepalen van de straf.⁵³

Het feit dat artikel 63 Sr is uitgesloten van transnationale werking, wil al met al nog niet zeggen dat de rechter onder geen omstandigheid rekening moet houden met buitenlandse veroordelingen. Hier ligt een belangrijke taak voor de verdediging: de rechter zal wellicht zelf niet op de hoogte zijn van wat er in het buitenland heeft gespeeld,⁵⁴ dus het is zinvol als de verdediging daarop wijst. Indien de verdediging – in de vorm van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt – aanvoert dat de verdachte in het buitenland veroordeeld is voor een feit dat tegelijkertijd met het huidige feit had kunnen worden berecht, moet de rechter hiermee rekening houden en zal hij, wanneer hij er geen rekening mee houdt, dit in ieder geval goed moeten motiveren.

5 Slot

In deze bijdrage heb ik onderzocht in hoeverre het EU-recht een basis biedt voor een transnationale samenloopregeling, die, net als het *ne bis in idem*-beginsel bij meerdere vervolgingen voor hetzelfde feit, als sluitstuk zou kunnen fungeren wanneer een EU-onderdaan voor meerdere strafbare feiten wordt vervolgd in verschillende lidstaten, en deze feiten in één procedure hadden kunnen worden afgedaan. Daar binnen de EU consensus lijkt te

52. Rb. Oost-Nederland, 30 januari 2013, LJN BY9800.

53. Hof Amsterdam 11 februari 2013, LJN BZ8537.

54. Hoewel dat met de komst van het ECRIS steeds vaker wel het geval zal zijn.

bestaan over het feit dat enige strafmatiging bij de gelijktijdige berechting van meerdere strafbare feiten gewenst is, zou verwacht mogen worden dat die gedachte ook transnationaal zou moeten gelden, temeer nu er binnen de EU nog nauwelijks regelgeving bestaat met betrekking tot de strafrechtelijke forumkeuze in dergelijke gevallen.

Het Kaderbesluit 2008/675/JBZ zou een goed uitgangspunt kunnen bieden voor een transnationale samenloopregeling. De Commissie leek met het voorstel een breed toepassingsbereik te beogen, maar het uiteindelijke besluit bevat geen verplichting om nationale regelingen met betrekking tot strafmatiging bij gelijktijdige berechting van strafbare feiten, van overeenkomstige toepassing te verklaren op buitenlandse veroordelingen. Door inmenging van de lidstaten – waaronder met name ook Nederland – ten aanzien van het toepassingsbereik van de regeling, lijkt het uiteindelijke Kaderbesluit alleen te zien op gevallen van recidive; gevallen waarin de eerdere veroordeling juist strafverzwarend werkt. Het principe van wederzijdse erkenning werkt dus blijkbaar niet twee kanten op, waar het de erkenning van buitenlandse veroordelingen betreft.

Mijns inziens is sprake van een gemiste kans, zeker nu in ieder geval verschillende – door Nederland aangevoerde – argumenten tegen een transnationale samenloopregeling op een vrij eenvoudige manier hadden kunnen worden verholpen. Voor wat betreft de Nederlandse samenloopregeling was een goede oplossing nabij: de destijds voorgestelde wijziging om de buitenlandse straf alleen in aanmerking te nemen tot op de hoogte die hij waarschijnlijk zou hebben gehad indien de eerdere veroordeling een nationale veroordeling was, had een werkbare oplossing kunnen zijn om het argument weg te nemen van de Nederlandse regering dat er, wanneer de buitenlandse straf naar Nederlandse maatstaven zwaar zou zijn, er in Nederland geen ruimte meer zou zijn voor een passende straf voor het te berechten feit. Evenzo kan ik mij voorstellen dat samenloopregelingen van andere lidstaten, die anders vormgegeven zijn, ook op een creatieve manier onder de werkingssfeer van het Kaderbesluit hadden kunnen worden gebracht.⁵⁵

Hoe het ook zij, er bestaat op dit moment geen ondubbelzinnige verplichting om nationale samenloopregelingen van toepassing te verklaren op buitenlandse veroordelingen. Dat valt in het licht van het streven naar één ruimte (van vrijheid, veiligheid en recht) te betreuren, omdat de persoon die in meerdere lidstaten wordt veroordeeld voor meerdere feiten, vaak slechter af zal zijn dan degene die in één staat wordt veroordeeld voor meerdere feiten. Wel is in het Kaderbesluit de oorspronkelijke kerngedachte behouden. De tweede volzin van artikel 3 lid 5, in combinatie met artikel 3 lid 1 bevat immers nog altijd de verplichting rekening te houden met buitenlandse veroordelingen, ook wanneer de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 3 lid 5 wordt toegepast. Wanneer de verdediging op de aanwezigheid van buitenlandse veroordelingen expliciet ingaat, mag dan ook worden verwacht dat de rechter hiermee rekening houdt. Doet hij dat niet, dan zal hij dit goed moeten motiveren. Op die manier kan in ieder geval worden bewerkstelligd dat zowel de procespartijen als de rechter zich meer rekenschap gaan geven van het bestaan van één rechtsruimte en de consequenties daarvan voor wat betreft transnationale aspecten van criminaliteit. Wellicht kan dit in de toekomst alsnog leiden tot regelgeving over transnationale samenloop, hoewel deze, wanneer de strafrechtelijke forumkeuze bij meerdere strafbare feiten ooit goed geregeld wordt, feitelijk niet nodig zou hoeven zijn.

55. Zo mag ingevolge artikel 3, leden 3 en 4 Kaderbesluit weliswaar de eerdere (buitenlandse) veroordeling niet worden herzien, maar de rechter die het nieuwe feit berecht, zou daar in de strafoplegging voor het nieuwe feit wel rekening mee kunnen houden door op dat moment een lagere straf op te leggen.